Ueber fr. 11 § 18 D. d. a. e. v. (XIX, 1).

Inaugural-Dissertation

vorgelegt

der juristischen Facultät zu Freiburg

von

Julius Winckel.

Hannover.
Druck der Schlüterschen Buchdruckerei.
1884.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Vorwort 5

I. Text und Interpretation des fragm. 11 § 18 D. d. a. e. v. (XIX, 1) 7

II. Kurzer Rückblick auf den historischen Verlauf der Controverse über das fr. cit. und Beleuchtung der „communis opinio“ mit Rücksicht auf ihre formelle Rechtsgültigkeit 17

III. Kritik des Werthes der Sentenz des Julian: „neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret“ 24

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550801_0168

Bei der Kentnissnahme von der erneuten Erörterung einer vielbesprochenen Controverse, welche niemals zu definitiver Entscheidung kommen zu sollen scheint, werden zwar manche auf den ersten Blick Urtheilende den Vorwurf erheben, man trage Eulen nach Athen oder ahme die Danaiden nach. Allein so sicher auch diese Aussicht ist, so darf sie uns doch nicht zurückschrecken, wenn es darauf ankommt, zu der Ausrottung solcher auch jetzt noch hin und wieder auftauchender Irrthümer beizutragen, welche geeignet sind, die Klarheit der Rechtsanschauung auch über den jeweiligen concreten Streitpunkt hinaus zu trüben, und vielleicht auch, da man im Begriffe ist, neue Gesetzestafeln auf dem Gebiete des Civilrechts aufzustellen, die Rechtsentwickelung in unrichtige Bahnen zu lenken. Zudem dürfte es kein zweckloses Unternehmen sein, bei der Lösung von Einzelfragen die Bestätigung der auf dem Gebiete der leitenden Grundprincipien im Rechte durch die fortschreitende Wissenschaft gewonnenen Resultate zu suchen. Endlich bietet die Beschäftigung gerade mit der vorliegenden Streitfrage deshalb ein besonderes Interesse dar, weil sie in auffallender Weise, ja vielleicht am meisten unter den Streitfragen der Pandektenrechtswissenschaft die Köpfe erhitzt hat und weil sie Gelegenheit bietet, die Schreibweise von Juristen aus vielen Jahrhunderten, aus ältester, neuerer und neuester Zeit, mit ihren Eigenthümlichkeiten kennen zu lernen. Schon in dem hieraus geschöpften Vergnügen würde der Verfasser

eine hinreichende Belohnung für die genaue Durchmusterung der zu Gebote stehenden Litteratur auf Pergament- und Papierstoff finden. Besonders freuen würde es denselben aber, wenn es ihm gelingen sollte, durch den im Folgenden gegebenen Versuch über das fragm. 11 § 18 D. d. a. e. v. (XIX, 1) der wissenschaftlichen Erkenntniss zu nützen.

I.

Bekanntlich ist die Auslegung des fr. 11 § 18 D. d. a. e. v. bestimmend für die Entscheidung des Streites darüber, ob der bonae fidei venditor trotz eines vorhergegangenen sog. pacti de non praestanda evictione generale bei eintretender Eviction zur Rückgabe des Kaufpreises verpflichtet sei. Diese Frage dürfte für die Rechtswissenschaft insofern speciell wichtig sein, als die jetzt herrschende Meinung sich gerade gegen diejenige Beantwortung derselben verneinend verhält, welche ihre Begründung nach Massgabe der angeführten Pandektenstelle der aequitas entnimmt und deshalb früher allgemein angenommen wurde.

Trotz des umfangreichen über die Controverse vorhandenen Materials findet sich aber noch keine eingehende Würdigung des in der genannten Stelle enthaltenen auf das Wesen des bonae fidei contractus gestützten Billigkeitsgrundes. Wir unterfangen uns daher, die aufgeworfene Frage von Neuem zu beantworten und dabei ausser der Berücksichtigung sämmtlicher bei der Interpretation des fragm. cit. vorkommenden wesentlichen Punkte die auf die bona fides gegründete Sentenz des Julian mit besonderer Aufmerksamkeit zu behandeln.

Bevor wir aber die Ausführung unserer Ansicht beginnen, wird es erforderlich sein, jenes berühmte Fragment, das Substrat eines Jahrhunderte hindurch theilweise mit blindem Fanatismus geführten Kampfes[1]) vor Augen zu führen und hinsichtlich des Textes kritisch zu beleuchten.

---

[1]) welcher sogar in persönliche Beschimpfungen ausartete: Alef, Veritas communis opinionis circa pactum de non praestanda evictione

Nach den von uns angestellten Vergleichungen[2]) dürfte, abgesehen von der Interpunktion, folgende Lesart der ursprünglichen Fassung am nächsten kommen[3]):

Idem (sc. Ulpianus) libro XXXII ad edictum:

Qui autem habere licere[4]) vendidit[5]), videamus, quid debeat praestare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas[6]) non fieri[7]), quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur[8]) id praestare, ne alius evincat; proinde, si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro XV Digestorum scribit, etiam si aperte venditor pronuntiet[9]), per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest[10]), verum tamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem

---

contra novissimos Boehmeri errores vindicata, Heidelbergae 1736, §§ XI, XV, XVII, z. B. „Venalem esse Boehmero calamum", „Boehmerus inepte loquatur" etc.

[2]) Die lectio Florentina, wie sie durch Mommsen (Digesta Iustiniani Augusti Vol. I, Berolini 1868) gegeben ist, sowie die von demselben citirten Handschriften haben wir überall berücksichtigt; jedoch darf der Codex Florentinus nicht ausschliesslich als massgebend angesehen werden, da den Glossatoren ausser ihm noch andere (vielleicht ältere) Handschriften zu Gebote standen; vgl. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, III. Bd., C. 22.

[3]) Die Lesarten der von uns eingesehenen (dem XIII. u. XIV. saec. angehörenden, meist aus Italien stammenden) Vulgathandschriften der K. Hof- und Staatsbibliothek zu München haben wir im Folgenden mit den Nummern des dortigen Handschriften-Cataloges bezeichnet.

[4]) „Promittens" (Haloander; vgl. Inscription „cum hac promissione", 20) ist offenbar Einschiebsel der Glosse und erscheint überflüssig, wenn man bedenkt, dass das „habere licere" der stets wiederkehrende Ausdruck für die rechtliche Sicherheit des Besitzes, „habere licere vendere" mithin offenbar terminus technicus und stehende Formel im Rechtsverkehr geworden war.

[5]) vendiderit (6201).

[6]) personas a se (3887), ad se personas (14028). Vgl. εἰς ἐμὲ πρόσωπα (Basilica, not. 37).

[7]) fieret (Note bei Mommsen).

[8]) videatur (3887).

[9]) pronuntiat (3506, 3887, Note bei Mommsen).

[10]) interest emtoris (14022).

ait, idem[11]) esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum[12]) iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. „Neque[13]) enim bonae fidei contractus hanc patitur[14]) conventionem[15]), ut emtor rem amitteret[16]), et pretium venditor retineret; nisi forte", inquit,

---

[11]) id (14022).

[12]) praestatum (Mommsen).

[13]) nec (14022).

[14]) patiatur (3887 und andere, Note bei Mommsen). Die Lesart patiatur statt patitur glauben wir auf einen blossen Schreibfehler zurückführen zu dürfen, wie sie vielfach auch bei andern Worten durch fehlerhafte Einschiebung von Buchstaben in den einzelnen Handschriften vorkommen, so reddiat statt reddat (3887), accipiaat statt accipiat (3506), merex statt merx (8007), rectis statt retis (3506, 14022), quid autem statt qui autem (3887). Vgl. übrigens bezüglich patiatur das weiter unten Erörterte.

[15]) hac conventione (Florentina, Note bei Mommsen, daher utitur? Mommsen). Die Lesart hac conventione ist wohl zu verwerfen. Denn wenn auch Abkürzungen in den Urtexten nicht anzunehmen sind (Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 251), ja Abbreviaturen in der Majuskelschrift überhaupt selten vorkommen, so ist es doch leicht möglich, dass ein Abschreiber das Versehen beging, die Abkürzungsstriche über hac und dem Schluss-e von conventione wegzulassen, wodurch er dann weiterhin auch seine Abschreiber irreführte. Um so wahrscheinlicher ist dies, da schon nach den von Mommsen (l. c.) beigegebenen Probetafeln aus dem Codex Florentinus, welche die Unzialschrift deutlich erkennen lassen, Beispiele vorkommen, in denen gerade das ω auf die angegebene Art gekürzt ist.

[16]) amittat (8007), amittet (Note bei Mommsen). Stände die Lesart amitteret vollständig fest, so könnte man aus der Verschiedenheit der tempora verbi vor und nach ut vielleicht folgern, dass dieses ut, um mit den Grammatikern zu reden, im consecutiven, nicht finalen Sinne gebraucht ist, woraus dann weiter zu schliessen wäre, dass Julian einen Fall vor Augen hat, in welchem beim Vertragsabschlusse unter den Contrahenten nicht ausdrücklich die Erwähnung stattfand, dass auch, wenn der Käufer die Sache verliere, dem Verkäufer der Kaufpreis verbleiben solle. Der Unterschied würde der sein, dass es sich in dem einen Falle um die im Sinne der bona fides erfolgende Auslegung eines an sich rechtsbeständigen Vertrages handelt, in dem anderen um die Frage, ob ein Vertrag mit dem erwähnten Inhalt überhaupt nach der bona fides gültig sein würde. Dass die letztere Frage zu bejahen sei, siehe weiter unten.

Eine andere wichtigere Consequenz, welche man aus der Verschiedenheit der tempora verborum „patitur" einer-, „amitteret" und „retineret" andererseits ziehen könnte, wäre die, dass der ganze mit ut eingeleitete

„si[17]) quis[18]) omnes istas suprascriptas conventiones recipiet[19]), quemadmodum recipitur[20]), ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat[21]), veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis[22]) a venatore vel pantheram[23]) ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit.“ Sed in suprascriptis[24]) conventionibus contra erit dicendum; nisi[25])

Satz einen späteren Zusatz enthält. Dieses vorausgesetzt, wäre es überflüssig, über die Richtigkeit des Sinnes der Stelle von „neque enim“ bis „retineret“ und ihre Uebereinstimmung mit der ratio juris Romani Erörterungen anzustellen. Da es uns nun aber nach dem vorhandenen Textmaterial an allen Anhaltspunkten fehlt, um den genannten Passus als unecht bezeichnen zu können, so bleibt uns vorläufig noch die Aufgabe, seinen Werth nach inneren Gesichtspunkten zu beurtheilen.

[17]) sic (Mommsen). Die Lesart sic hat ihren Ursprung vielleicht in der nicht seltenen Entstehungs- bezw. Vervielfältigungsart der Handschriften durch Dictat genommen; denn beim Aussprechen der Worte si quis ist eine Verwechslung mit sic quis leicht möglich. Der Ausdruck „nisi forte si quis“ erscheint nach dem Sprachgebrauch der Römer nicht widersinnig.

[18]) quid (14022).

[19]) recipiat (14022), reciperet (3506, Haloander, vgl. Corp. jur. civ. ed. fr. Kriegelii Lipsiae 1875).

[20]) recipietur (14028).

[21]) perveniat (Arndts Pand. § 303 Note 6). Abgesehen davon, dass es in den Ueberlieferungen der Digesten, soweit uns die Handschriften bekannt sind, an thatsächlichem Anhalt für diese Conjectur fehlt, bedürfen wir derselben nicht, da pertineat einen guten Sinn giebt, vgl. fr. 181 d. v. s. D. über die Bedeutung des Wortes „pertinere“. Auch Dirksen, Manuale latinitatis Berolini 1837, s. v. „pertinere“ („bonorum nostrorum, juris nostri esse“, Syn. „adquiri ei“, Opp. „velle ad se pertinere“).

[22]) impositis (14022).

[23]) pantheran? (Mommsen).

[24]) sed infra (3887), sed supra (14022).

[25]) An thatsächlichen Anhaltspunkten fehlt es auch bezüglich der von Huschke (Zeitschr. für Civilrecht und Process, Neue Folge, Bd. IV, S. 284/5) aufgestellten Vermuthung „si“ forte statt nisi forte; in den Ueberlieferungen finden wir „nisi“ entweder ausdrücklich ausgeschrieben, oder als n mit übergeschriebenem i, die bekannte Abbreviatur. — S. übrigens syntaktische Gründe gegen die Correctur von Huschke bei Kricheldorff, Die Wirkung des sog. pactum de non praestanda evictione generale, Leipzig 1877, S. 31 i. f.

forte sciens alienum vendidit[26]). tunc enim secundum supra a nobis[27]) relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit[28]).

Geht man nun ohne vorgefasste Meinung auf den Sinn dieser Textworte ein, so will Ulpian offenbar nichts Anderes als dieses sagen:

Bei Beantwortung der Frage, zu welcher Leistung der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet ist, wenn er das habere licere versprochen hat, muss man unterscheiden, ob die Haftung nur versprochen ist für den Fall, dass die verkaufte Sache vom Verkäufer selber und denjenigen Personen, welche ihr Recht von ihm ableiten, oder überhaupt für den Fall, dass sie evincirt werde. Denn in dem erstgenannten Versprechen liegt argumento a contrario der Vorbehalt, nicht haften zu wollen, wenn ein Dritter evincire, also stillschweigend ein pactum de non praestanda evictione. Daher haftet der Verkäufer hier bei eintretender Eviction durch einen Dritten gar nicht, weder aus der actio ex stipulatu, falls er stipulirt hatte, noch mangels einer Stipulation etwa aus der actio emti, (da die Evictionshaftung bei der emtio venditio ein naturale negotii ist, die actio emti daher auch auf jene sich erstreckt). Dagegen schreibt Julian im 15. Buche seiner Digesten, auch wenn der Verkäufer ausdrücklich die Haftung für die Eviction auf sich und seinen Erben beschränkt habe, könne man die Ansicht vertheidigen, dass er (sc. si alius evincat) trotzdem ex emto verpflichtet bleibe, nicht zwar zur Vergütung des gesammten Interesses, aber doch wenigstens zur Rückgabe des Kaufpreises. Ebendort sagt er, dasselbe Princip sei auch dann anzuwenden, wenn in den Kaufcontrakt ausdrücklich die Clausel aufgenommen ist: „nihil evictionis nomine praestitum iri“; auch dann werde nach eingetretener Eviction die Rückgabe des Kaufpreises zwar geschuldet, das Interesse aber nicht. „Denn eine Verabredung, der zufolge der Käufer die gekaufte Sache verlieren kann und der Verkäufer den Kaufpreis behält, ver-

[26]) vendit (Mommsen u. A.).
[27]) a novis (Note bei Mommsen).
[28]) facit (3506, 14028, Mommsen).

trägt sich nicht mit dem Wesen eines bonae fidei contractus. Oder es müsste Jemand[29]) alle jene oben angeführten Vereinbarungen (nämlich solche stillschweigende und ausdrückliche pacta de non praestanda evictione) von dem Gesichtspunkte einer emtio spei als vollgültig anerkennen, wie eine Vereinbarung des Inhalts vollgültig anerkannt wird, (recipitur, sc. conventio), dass der Verkäufer auf jeden Fall sein Geld erhalten solle, auch wenn die Kaufsache gar nicht in den Vermögenscomplex des Käufers gelangt, wie z. B. der Kauf des Ertrages eines zukünftigen Netzwurfes eines Fischers oder der Beute eines Jägers oder Vogelstellers bei Aufstellung eines Netzes; denn auch wenn er (sc. piscator etc.) nichts fängt, wird der Käufer auf jeden Fall den Preis bezahlen müssen."

Aber was die oben angeführten Vereinbarungen betrifft, so wird widersprochen werden müssen (sc. Juliano), es sei denn, dass er (sc. venditor) wissentlich einen fremden (sc. servum) verkauft hat, — denn dann muss man gemäss der oben von uns angeführten Meinung des Julian sagen, dass er (trotz des pacti) ex emto hafte, weil er dolos gehandelt hat (und die Haftung wegen dolus durch ein pactum nicht ausgeschlossen werden kann).[30])

Ulpian beschäftigt sich in dem Fragmente seines Commentars zum prätorischen Edicte, welches als lex. 11 Aufnahme in die Digesten fand, mit der actio ex emto, und stellt dabei als obersten Grundsatz auf, den er ausdrücklich in § 1 hervorhebt: „nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est." Die Festhaltung dieses Moments wird uns später von Nutzen sein. Bei seinen Erörte-

[29]) quis, sc. jureconsultorum, s. peritorum. Man könnte auch ergänzen „contrahentium" (vgl. Glosse des Azo und des Accursius, z. B. 20, 6201, 14022); jedoch spricht hiergegen der ganze Zusammenhang als einer theoretischen Exemplification, eventuell auch das unter Note 17 Erörterte.

[30]) Streitig ist, ob das blosse Verschweigen bestimmt gewusster Rechte Dritter an dem Kaufgegenstande genügt, um das pactum unwirksam zu machen, oder eine weiter gehende positive dolose Handlungsweise dazu kommen muss. Wohl das Erstere ist anzunehmen. Dagegen: Seuffert, Archiv XVII, 24; — fr. 1 § 1, fr. 6 § 9, fr. 11 §§ 15, 16 D. XIX. 1; fr. 39 eod.; fr. 69 § 5 D. XXI. 2.

rungen über die Verpflichtungen des Verkäufers im Falle der Eviction kommt er im § 18 auf die Wirkung eines stillschweigend[31]) abgeschlossenen Vertrages über Ausschliessung der Evictionsprästation und spricht seine Meinung dahin aus, dass der Verkäufer dadurch völlig von der Haftung befreit werde. Dass hiervon eine Ausnahme zu machen sei für den Fall, dass dolus auf Seite des Verkäufers vorliege, sagt er am Schlusse der Stelle.

Wie er schon in den vorhergehenden Paragraphen die Ansichten anderer Juristen, auch des Julian, einer Kritik unterwirft, so zieht er zur gründlicheren Beleuchtung der Frage auch jetzt die Meinung dieses Rechtsgelehrten heran, und weil dieselbe hier abweichend von der seinigen lautet, so führt er sie durch die für solchen Widerspruch gebräuchliche[32]) Partikel „sed" ein. Nachdem er den Julian erst in indirekter, dann in direkter Rede citirt hat und zwar letztere da beginnend, wo Julian die anscheinend gute Begründung seiner Sentenz vorbringt,[33]) spricht er noch einmal aus, was er selbst davon

---

[31]) Dass ein solcher von Ulpian gemeint sein muss, geht schon daraus hervor, dass das Versprechen der Garantie für unbehelligten Besitz Seitens des Verkäufers und seiner Rechtsnachfolger schon damals gänzlich überflüssig war, und es hätte ihm als Evincenten ja die exceptio rei venditae et traditae, bezw. doli, entgegen gestanden.

[32]) Hierauf macht schon aufmerksam J. H. Boehmer (Vindiciae juridicae pacti d. n. pr. ev. contra communes errores, Halae Magdeburgicae 1735, pag. 24) „Familiaris locutio erat J. C. tis, quando dissensum declarare voluerunt."

[33]) Der unvermittelte Uebergang von der indirekten in die direkte Rede von „neque enim" ab, welche in den Schriften der Alten nicht selten vorkommt, kann nicht auffallen und berechtigt noch nicht zu der Annahme, Ulpian trete mit den Worten von neque enim an dem Julian bei (so Baron, Pand., IV. Aufl., Leipzig 1882). Auch auf die späte Stellung des „inquit" könnte man sich nicht berufen; dieselbe dürfte sich vielmehr folgendermassen erklären: Ulpian meint offenbar, dass der von Julian angeführte Grund an sich zwar etwas für sich habe, aber doch im vorliegenden Falle nicht zutreffe. Da hingegen der mit nisi forte beginnende Satz eine unbestreitbare Wahrheit enthält, so betont er, wie es scheint, um den Uebergang zu dem Bedeutungsvolleren anzudeuten und dadurch dem Julianischen Citat gleichsam eine seiner eigenen Meinung entsprechende Färbung zu geben, erst diesen Satz durch „inquit".

hält, indem er, wieder durch „sed“ abbrechend, die primäre Auffassung des Julian, welche dahin geht, dass die Aufnahme solcher Clauseln, wie „per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat“ oder „nihil evictionis nomine praestitum iri“ in dem Kaufvertrag nur die Bedeutung hätten, als habe der Käufer für den Fall der Eviction wohl auf den Ersatz des Interesse, nicht aber auf Rückgabe des Kaufpreises verzichtet, verwirft (sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum). Die secundäre Auffassung des Julian, dass durch die Hinzufügung derartiger Clauseln der Vertrag zu einer emtio spei gestempelt werde, hält er für so selbstverständlich richtig, dass er darüber nichts weiter äussert. Zum Schlusse glaubt er zur Vorbeugung von Missverständnissen noch einmal hervorheben zu müssen, dass der dolose Verkäufer natürlich ex emto verpflichtet bleibe.[34])

[34]) Mag man mit Vangerow (Lehrbuch der Pandecten, Bd. III, Marburg und Leipzig 1876, S. 322 ff.) und Puchta (Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgeg. von Rudorff, IV. Aufl., S. 224/5), welcher Letztere als Anhänger Julians dadurch nichts für die Richtigkeit von dessen Ansicht beweist und den Zwiespalt zwischen Julian und Ulpian nicht hebt (in der XII. Aufl. von Schirmer, 1877, anders), die Worte: „secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam“ auf dessen in § 15 ausgesprochene Meinung, oder mit G. L. Boehmer (Praefatio ad Exercitationes ad Pandectas J. H. Boehmeri, Gottingae 1751, § X) auf die im § 18 enthaltene primäre sententia Juliani beziehen, so bleibt das Resultat wesentlich dasselbe. Die Ansicht von Vangerow und Puchta ist allerdings die natürlichere und wahrscheinlichere, schon mit Rücksicht auf die im Ausdruck ganz ähnliche Fassung der betreffenden Sätze in den §§ 15 und 18. Die Boehmer'sche Auffassung lässt sich in sofern halten, als man sagt: Julian behauptet, venditorem (ex emto in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verum tamen ut praetium reddat) teneri; auch hier (si sciens alienum vendidit) dicendum est, ex emto eum teneri (hier allerdings nicht quoad pretium, sondern quoad interesse). Unrichtig ist es jedoch, wenn G. L. Boehmer (l. c. pag. XXXVI und § XIV pag. XLIII—L und Repetitae vindiciae pacti d. n. pr. ev. oppositae erroribus inveteratis, quos contra venerandi parentis Justi Henningii Boehmeri dissertationem argumenti ejusdem noviter propugnavit Franziscus Alef. Halae Magdeburgicae 1737, §§ 13 und 16), indem er zwischen emtio simplex und emtio mit pactum adjectum d. n. pr. ev. unterscheidet, weiter behauptet, bei letzterer habe der Käufer im Falle des dolus venditoris nur Anspruch auf das Kaufgeld, nicht auf das Interesse, dieses sei wegen der übernommenen Gefahr als erlassen

Ebenso wie die in unserem Fragmente behandelte Frage sich nicht auf den malae fidei venditor bezieht, so bleibt sie auch irrelevant für den Fall, dass der emtor in mala fide ist. Denn gegen ein von diesem etwa unternommenes Wiederfordern des Kaufpreises ist der venditor abgesehen von dem pactum schon deshalb geschützt, weil in dem wissentlichen Kauf einer fremden Sache an sich stillschweigend ein Verzicht auf jegliche Evictionsprästation liegt.[35]) Für den viel wichtigeren und schwierigeren Fall dagegen, dass ein bonae fidei venditor mit einem bonae fidei emtor einen Vertrag über Befreiung von der Evictionsleistung stillschweigend oder ausdrücklich abgeschlossen hat, giebt Ulpian, wie wir in dem Vorhergehenden auseinandergesetzt haben, die Entscheidung dahin ab. dass der venditor auch wegen Rückgabe des pretii nicht mehr belangt werden könne.

So klar sich nun dies auch ergiebt, um so erstaunlicher ist es, dass die einmal eingetretene missverständliche Auslegung

zu betrachten. Die Haftung des dolosen Verkäufers geht vielmehr auch hier unbeschränkt auf das gesammte Interesse, fr. 45 § 1 i. f., fr. 6 § 9 D. XIX, 1; Vangerow l. c. § 610 A. 4; Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pand., Bd. XX, Erlangen 1819, S. 316, 320; Cujacius, ad L. 11 § 18 D. d. a. e. v. Opera Tom. VII, Mutinae 1779. col. 741. Vgl. auch die Widerlegung Boehmers bei Joh. Thaddäus Müller, Reiteratae vindiciae communis opinionis circa pact. d. n. pr. ev. oppositae vindiciis repetitis ejusdem argumenti 1737 a Georgio Ludovico Boehmero, modo Gottingae Pandectarum professore famigeratissimo orbi datis, praesidibus Beata Virgine et sancto Thaddaeo Apostolo Heidelbergae 1760, insbesondere Caput I—III, pag. IV—XXIX, wo derselbe zu beweisen sucht, dass es gegen Moral und Recht sei, die Haftung wegen dolus überhaupt zu beschränken. Diese Abhandlung dürfte eher an allgemein moralischen Gründen überreich sein, als an „Animositäten und Chikanen, so dass Niemand Lust hatte, darauf zu antworten". (Thibaut, in Brauns Erörterungen über die bestrittensten Materien des römischen Rechts. Stuttgart 1831, S. 210.) Der Grund für das Letztere scheint vielmehr darin gefunden werden zu müssen, dass zur Zeit der Müller'schen Schrift die Erbitterung des Kampfes sich ausgetobt hatte und Müller wichtige nova nicht mehr vorzubringen vermochte.

[35]) Brinz, Lehrb. d. Pand., Erlangen 1879, II. Bd., S. 338; Seuffert, Archiv XVII, 29, XXIX, 123; Donellus, Commentar. ad L. 27. C. VIII. 45, dgl. ad. Tit. d. a. e. v. § 19 pag. 387 (ed. Bucher) „culpa emtoris est, ipse de se queri debet, quia a se decipitur, non a venditore".

der Stelle eine ganze Literatur von Monographien darüber hervorrufen konnte. Es scheinen deshalb gewichtige Momente für diejenige Auffassung zu sprechen, welche die primäre Ansicht des Julian für massgebend hält. Wir haben die Kernpunkte derselben daher näher ins Auge zu fassen und, sofern sie noch keine Widerlegung erfahren haben, sie als unhaltbar darzulegen.

II.

Von einer Darstellung der historischen Entwickelung der ganzen Controverse dürfen wir absehen, da diese durch Glück (l. c. S. 296—230) [36]) einer eingehenden Berücksichtigung unterzogen worden ist. Ergänzend müssen wir jedoch Einiges hinzufügen.

Während von dem Verfasser der Basiliken [37]) trotz der sonstigen Verzerrung des Inhalts unseres Fragments wenigstens die Wirkung des ausdrücklichen pacti d. n. pr. ev. richtig aufgefasst wurde, schwand in der Glossatorenzeit die Erkenntniss der Differenz zwischen Ulpian und Julian, und es entstand im Zusammenhang damit die später so genannte „communis opinio", der zufolge ein Unterschied zwischen pactum generale und speciale [38]) gemacht wurde, indem man unter letzterem ein

[36]) Bezüglich des hauptsächlichen Inhalts vieler bis zum Anfang dieses Jahrhunderts über unsere Materie geschriebenen Abhandlungen s. auch Kricheldorff, l. c. S. 5—15. Derselbe behandelt in seiner Schrift wesentlich nur die Frage der formellen Gültigkeit von Ulpians Entscheidung.

[37]) Καὶ ὅτι ἐὰν πωλήσω σοι ἐφ᾽ ᾧ μήτε ἐμὲ μήτε τὸν κληρονόμον μου, ἢ τὰ φερόμενα εἰς ἐμὲ πρόσωπα ἐμποδίσαι σοι ἔχειν, καὶ ἄλλος ἐνικήση τὸ πραθέν· οὐκ ἐνέχομαι τῇ ἀγωγῇ τῇ περὶ τῆς μελλούσης ζημίας, οὔτε τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσῃ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ᾽ εἰς τὴν ἀνάδοσιν τοῦ τιμήματος· εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησα μηδὲν παρα σχεῖν ἐνικωμένου τοῦ πράγματος, ἐν ἀγνοίᾳ τοῦ πιπράσκειν ἀλλότριον. Ὁ γὰρ εἰδὼς καὶ τοῦ συμφώνου ὄντος, ἐνέχεται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ τὸ πρᾶγμα, οὐ μὴν ὁ ἀγνοήσας. Ἐνδέχεται γὰρ τὸν πράτην κερδάναι τὸ τίμημα, καὶ τὸν ἀγοραστὴν μὴ σχεῖν τὸ πρᾶγμα· ὡς ἐπὶ ἀλείας καὶ θήρας. Κἂν γὰρ μηδὲν κρατηθῇ, δίδωσιν ὁ ἀγοραστὴς τὸ τίμημα. Vgl. hierzu die lat. Uebersetzung in der Ausg. Basilicorum libri LX post Annibalis Fabroti curas ed. Heimbach, Tom. II, Lipsiae 1840, p. 289.

[38]) In den Streitschriften auch „indefinitum" und „definitum" genannt.

solches verstand, welches eine specielle Clausel über Befreiung von der restitutio pretii enthielt.[39]) Unter den Hauptvertretern der französischen Juristenschule nahm Cujacius (l. c.) und Donellus (Comment. jur. civ. Lib. XIII. Cap. II. §§ 18, 22, ed. Hanoviae 1612, p. 630) die Julianische, Duarenus (Comm. in Vit. XIX. 1. Dig. Franz. Duar. Omnia opera, Frankofurti 1598, p. 1026)[40]) die Ulpianische Meinung an. Was Deutschland anlangt, so fand die an Julian sich anlehnende Theorie Aufnahme in die Praxis[41]) und in einzelne Territorialrechte[42]). Brachte dann endlich Justus Henning Boehmer mit Erfolg die richtige Ansicht zur Geltung, so war doch der Erste, der in einer besonderen Schrift den wahren Sachverhalt kurz und klar darlegte. Hermann Zoll in seiner „Dissertatio

---

[39]) Vgl. z. B. 3506 Dig. vet. f. 260 Glosse: . . . . . Ex empto non tenebitur(,) set ad pretium(.) set hoc statim corrigit(:) set iul(ianus) et c(etera) . . . . . Conuent(i)o(n)em(:) s(cilicet) generalem(;) az(o) . . . . . Si quis s(cilicet) peritorum(:) et hoc in eo ca(s)u(,) cum dixit(:) nil euict(i)o(n)is no(m)i(n)e et c(etera) ut s(u)p(r)a(;) motus tali arg(ument)o q(uem) adm(odum) et c(etera)(,) u(e)l dicas: si quis cont(r)ahentium(,) ut ita dem(um) ualeat(,) si paciscatur, ut neq(ue) ad interesse neq(ue) ad p(re)ciu(m) teneatur, secundum J(ac)o(bum) (Johannem?)(;) ualet (e)n(im), ut hic t(ituli)s de pact(is) l(ex) in empt(i)o(n)ibus in fi(ne) (fr. 43 D. II, 14) et c(itato) l(ex) ex empto § 1 (fr. 11 § 1 D. XIX, 1).

3887 Dig. vet. 187. Glosse: Ut t(a)m(en) pretiu(m) reddat, si sup(ra) scriptas conventionis (conventiones?) sibi cauiss(et) emptor . . . . . Quoniam non spes ibi s(ed) res emit(ur) et i(de)o re evicta quod pre(tium?) datum p(re)cium est reddendum. At in jactum retes (jactu retis?) sola spes emitur ideoque pro ea p(re)cium datum no(n) redditur(,) licet res non sequatur(,) quare (quasi?) hoc inter contrahentes sit actum (R?).

Vgl. ferner 6201, 14022, 14028 und 20 (glossa Accursii), ziemlich übereinstimmend mit 3506.

[40]) Derselbe sagt von der gegnerischen Meinung: „Et haec sententia recepra est, atque ita judicari solet in summis tribunalibus."

[41]) Beispiel eines pactum speciale: „Es soll dem Verkäuffer die Gewehrs-Leistung dergestalt gäntzlich erlassen seyn, dass er auch wegen des empfangenen Kauffschillings nicht einsten in Anspruch genommen werde, sondern die gekauffte Wiese lediglich auf die Gefahr des Käuffers stehen soll." J. H. Boehmer, Vind. jur. pag. 4. (B. Carpzov. Lib. 5. respons. 43. num. 43.)

[42]) Hellfeld, Diss. de pactis evictionis causa initis, Jenae 1757, pag. 333.

juridica ad l. ex emto 11 § ult. ff. d. a. e. v., hoc thema: Quod simpliciter remissa evictione ne quidem ad pretii restitutionem agi posset contra communem sententiam propugnans", Rinthelii 1703 (nicht Jenae, Zoll war Professor zu Rinteln). Erst 32 Jahre später schrieb Boehmer seine berühmten „Vindiciae juridicae etc.", ohne Kenntniss von der Zollschen Schrift zu haben.[43]) Nach seinem Vorgange wandte sich in diesem Jahrhundert die Mehrzahl der Juristen der richtigen Ansicht zu. In neuester Zeit erscheint als Anhänger der „communis opinio" namentlich G. Tiktin in einer „Diss. de natura bilateralium obligationum", Berolini 1867, Cap. V: Pacti d. n. pr. ev. doctrina. Dieser wendet die Kellersche Theorie von den gegenseitig verpflichtenden Obligationen auf die Erklärung unseres Fragmentes an, richtet sich aber nur gegen Vangerow, da, wie er sagt, durch die Untersuchung von dessen Ausführungen fast allen Begründungen der gegnerischen Meinung Genüge geleistet würde (?). Wir werden daher, wenn wir im Folgenden unser Augenmerk auf die Zurückweisung der „communis opinio" zu richten haben, vorzugsweise auf Tiktin Rücksicht nehmen müssen.

Einer der Hauptstützpunkte der „communis opinio" ist die Behauptung, Ulpian verwerfe die Ansicht des Julian gar nicht.[44]) Von den Worten „sed Julianus" bis „necesse habebit" habe Ulpian seine eigene Ansicht „ex emto non tenebitur" durch das Citat aus Julian deutlicher erklären und näher präcisiren wollen; das erste sed sei daher als restringirende Conjunction gebraucht.[45]) Der Satz: „sed in suprascriptis con-

---

[43]) In seiner Vorrede zu den „Exercitationes ad Pandectas" seines Vaters, Göttingen 1751, p. 4, bemerkt G. L. Boehmer, nunmehr sei ihm zu seiner Freude die gelehrte Dissertation von Zoll in die Hände gelangt.

[44]) Tiktin, l. c. p. 112, 114. J. Th. Müller, l. c. p. 58, Puchta, l. c. S. 224, Alef, l. c. p. 9 („a Juliano Ulpianum ne vel latum unguem recessisse").

[45]) Es ist richtig, dass „sed" nicht in allen Fällen eine streng disjunctive und contradiktorische Bedeutung hat, doch bleibt dies immer bloss exceptionell und kann nicht zum Beweise dienen da, wo die eigentliche Bedeutung viel näher liegt. Es kommt hinzu, dass das zweite sed das erste unterstützt und so die Auslegung noch unwahrscheinlicher macht.

ventionibus“ wolle die unmittelbar vorhergehende ratio dubidandi des Julian für unanwendbar auf die oben besprochenen pacta erklären.

Gesetzt, alles dieses wäre wirklich der Fall, so erhielten wir folgendes Resultat: in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, d. h. Kaufgeschäfte mit den oben besprochenen Nebenverträgen dürfen nicht wie emtiones spei behandelt werden; dort haftet der Verkäufer dennoch ex emto, und zwar quoad pretium restituendum. Nisi forte sciens alienum vendidit, tunc enim dicendum est ex emto eum teneri: mithin stände das „nisi forte“ und das „tunc enim“ ganz sinnlos da, da die Sätze, welche das nisi forte trennt, beide dasselbe besagen würden. Ausserdem würde Ulpian sich selbst widersprechen, da er oben gesagt hat: „ex emto non tenebitur“. Offenbar ist es also eine nicht mehr zu billigende Uebertreibung der restriktiven Interpretationsweise, aus den klaren und apodiktischen Worten „ex emto non tenebitur“ noch ein „exemto tenebitur“, oder aus dem „nihil evictionis nomine praestitum iri“ noch ein quoddam (das pretium) herauslesen[46]) zu wollen. Würde man aber bei dem Satze „contra erit dicendum“ nicht suppliren „ex emto tenebitur“, sondern behaupten, es brauche nicht die actio emti zu sein, die der Käufer zur Rückforderung des pretii anzuwenden hätte, so fragt es sich, welche andere Klage könnte ausser ihr hier angestellt werden? Etwa die condictio sine causa? Bezüglich dieser wird man doch nicht sagen können, dass der Verkäufer das pretium sine causa besitze, das er doch pro re tradenda erhalten hat, wenn der Kaufvertrag vollkommen gültig bleibt, und er seinen Verpflichtungen (das rem tradere) nachgekommen ist, während er von dem habere licere praestare vermöge des pacti sich befreit, und der Käufer auf dasselbe vertragsmässig verzichtet hat. Der Gedanke an eine andere Klage als die actio emti würde auch der Absicht des Julian selbst widersprechen, da er ja ausdrücklich sagt: „ex emto eum (in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest,

[46]) „Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.“ fr. 25 § 1 D. de legat. III (XXXII).

verum tamen) ut pretium reddat teneri". Tictin (l. c. p. 106) behauptet, das „contra erit dicendum" dürfe man deshalb nicht auf die Worte „pretium quidem deberi" beziehen, weil zwischen beiden ein zu weiter Zwischenraum liege und somit dem Ulpian ein „inconditum atque languidum genus dicendi" imputirt werde. Uns scheint es aber gerade zur Vereinfachung der Darstellung beizutragen, wenn Ulpian die Gedanken des Julian, welche noch dazu in unmittelbarem Zusammenhange mit einander stehen, erst soweit sie dahin passten zu Ende citirte, um dann sein Urtheil darüber abzugeben.

Wenn Tiktin aus dem § 16 unseres Fragments entnimmt, da Ulpian sage, das singuläre Recht des veräussernden Pfandgläubigers bewirke, dass nicht einmal der Kaufpreis herausgegeben zu werden brauche, und er erwähne, es sei durch Kaiserconstitutionen eingeführt, so folge argumento a contrario, dass, wenn ein Nicht-Pfandgläubiger unter Abschluss eines pactum d. n. pr. ev. verkaufe, derselbe das pretium restituiren müsse: so lässt sich dagegen anführen: man kann mit demselben Recht argumento a contrario schliessen, wenn die sententia Juliani in pignoribus verissima ist, so ist sie in anderen Fällen, nämlich beim pact. d. n. pr. ev. des bonae fidei venditor, nicht richtig. Eben weil Ulpian besonders hervorhebt: „sententiam Juliani verissimam esse arbitros in pignoribus quoque", so will er offenbar sagen, dass er dieselbe ausser für den Fall des dolus (daher quoque) auch noch für den Ausnahmefall des veräussernden Pfandgläubigers billige. Die Worte von „nam" (= nämlich) bis „effectum est" sind augenscheinlich Citat aus Julian.

Es wird ferner behauptet (Tiktin, l. c.), man könne aus den Worten Julians in § 15 desselben Fragments „non teneri venditorem", wo derselbe ebenso wie in § 18 offenbar nur die Befreiung von der Leistung des über das pretium hinausgehenden Interesses habe bezeichnen wollen, den Schluss ziehen, dass auch Ulpian nur dieses beabsichtigt habe, wenn er sage: ex emto non tenebitur, und es folge aus diesen Worten daher nicht nothwendig, dass derselbe auch die refusio pretii habe ausschliessen wollen. Aber erstens erscheint es undenkbar, dass, wenn Julian einen incorrecten Ausdruck gebraucht, dieser

auch von Ulpian, der doch gerade hier als Kritiker auftritt, acceptirt sei. Zweitens ist wohl eine petitio principii, dass Julian auch im § 15 die Rückgabe des Kaufpreises habe vorschreiben wollen. Man kann diese Stelle vielmehr ebensowohl zum Beweise des Gegentheils verwenden; denn sie bestätigt die Vermuthung, dass Julian seiner Behauptung im § 18 nicht den Charakter der Gewissheit hat verleihen wollen. [47]) Hier nämlich giebt der unsichere Ausdruck „posse defendi", dessen klare Bedeutung man vergeblich zu verschleiern versuchen wird, [48]) nämlich das Hinüberziehen des Rechts in die Sphäre der rein subjectiven Auffassung, in Verbindung mit dem Inhalte des Satzes „nisi forte, inquit, si quis omnes etc." auf das Unzweideutigste zu erkennen, dass Julian mit seiner primären Meinung nur einem flüchtigen nicht hinreichend präcisirten Gedanken Ausdruck verliehen hat, über den er selbst schnell wieder hinweggeht und von dem er gewiss nicht geglaubt hätte, dass er von unzähligen Juristen als richtig angenommen werden würde. Letzteres wäre aber wohl nicht eingetreten, wenn man nicht geglaubt hätte, der von Justinian recipirte Ulpian sei in Julians Fussstapfen getreten, und wenn ihnen nicht der Satz: „bonae fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret" so einleuchtend geschienen hätte.

Wenn wir nun auf die ausserhalb des Textes unsrer Stelle liegenden einerseits zur Unterstützung der Julianischen, andrerseits der Ulpianischen Ansicht von vielen Auslegern herangezogenen Quellenzeugnisse einen Blick werfen, so finden wir, dass zwar nirgends positiv die Befreiung von der Rückgabe des Kaufpreises in dem uns hier berührenden Falle ausgesprochen ist, während es manche Stellen anderer Juristen giebt, aus denen man auf indirectem Wege zu diesem Resultat

---

[47]) J. H. Boehmer, Vind. jur., p. 31: „ita rationes subducere solent, qui formidine opposito suae non adeo confidunt sententiae, et contrariam aeque probabilem esse declarant".

[48]) Müller, l. c. p. 57; Cujacius, Observ. lib. XIII, Cap. XVII, lib. XXI, Cap. XII: „nam verbis deberi et posse utuntur promiscue auctores nostri". Letztere Behauptung dürfte zu weit gehen.

gelangt, [49]) dass sich aber auch nirgends die Verpflichtung zur restitutio pretii anerkannt findet, sondern nur in solchen Fällen von derselben die Rede ist, wo ein Privilegium oder Nichtigkeit des Kaufvertrages vorliegt, oder überhaupt keine Eviction stattgefunden hat, Fälle, die mithin hier keine Beweiskraft haben können. [50])

---

[49]) So fr. 69 pr. D. XXI, 2 (Scävola); fr. 57 § 2 D. XVIII, 1 (Paulus); fr. 4 § 5 D. XLIV, 4 (Labeo); fr. 10, 11 D. XVIII, 4 (Javolenus); vgl. auch L. 14 C. III, 36; L. 7 C. III, 38; L. 27 C. VIII, 45. Den Sinn der letzteren Stelle (Iidem AA. et CC. (Diocletianus et Maximianus) Theophilo. — „Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris possit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur") fassen wir folgendermassen auf: Ein gewisser Athenocles hatte ein Grundstück gekauft, von dem er wusste, dass es mit Rechten Dritter belastet war, ohne dass für den Fall der Eviction irgend etwas ausgemacht war. Auf die Anfrage des Theophilus, welcher, wie es scheint, dem Käufer überhaupt die Rückforderung dessen, was er bei stattgefundener Eviction (eo nomine) hingegeben hatte, versagen wollte (desiderio tuo negantis hoc reddi), rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian, dass für den Fall der Kenntniss des Käufers von der Belastung der Sache die Rückforderung gegen die Rechtsgrundsätze sei, aber für den Fall der Unkenntniss bei dem Mangel eines Vertrages über die Evictionsprästation die Rechtsregel seinem Wunsche widerstrebe. — Indem wir entgegen Glück (l. c. S. 228 ff.) und Vangerow (l. c. § 610 A. 5) und mit Cujacius (Recitat. solenn. in Cod. Tom. II col. 492) der natürlicheren und ungezwungeneren Auslegung nach das „quod eo nomine dedit" nicht von dem Kaufpreise, sondern von einer im Evictionsprocesse gemachten Leistung verstehen, können wir doch nich zugeben (wie Cujacius will), dass damit die Rückgabe des Kaufpreises sanctionirt sei. Im Gegentheil ist der Kaufpreis genau nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie die übrigen in dem Ersatze des Interesse enthaltenen Leistungen.

Ueber drei andere Stellen s. Kricheldorff, l. c. S. 29.

[50]) L. 3 §§ 3, 4 C. VI, 43; L. 1 C. VIII, 30; Nov. VII, Cap. 5. Glück, l. c. S. 231 ff. Vgl. auch fr. 50 D. XIX, 1.

III.

Können wir nach dem bisher Erörterten mit hinreichender Sicherheit annehmen, dass Ulpian die höchst problematische Auffassung Julians von der Wirkung eines Erlasses der Evictionsprästation verwirft, und dass es ausser dem fr. 11 § 18 D. d. a. e. v. in dem römischen Rechte, soweit bekannt, keine Bestimmung giebt, welche über die gleiche Frage zweifellos entscheidet, und erwägen wir ferner, dass Ulpians Ansicht von Justinian als die richtigere zum Gesetz erhoben wurde, [51]) so steht für uns fest, dass überall da, wo die Justinianeische Gesetzgebung als Norm gilt, ein Anspruch des Käufers auf Rückgabe des Kaufpreises nach Abschluss eines pact. d. n. pr. ev. und eingetretener Eviction rechtlich nicht zuzugeben ist. Eine andere Frage ist es, ob man bei dieser Entscheidung verharren darf, wenn es darauf ankommt, de lege ferenda eine Bestimmung zu treffen, welche in jeder Beziehung der Gerechtigkeit entspricht. Denn auch wenn wir eine Rechtsregel mit bindender Kraft zu beurtheilen haben, sind wir doch deshalb nicht der Verpflichtung überhoben, dieselbe nach ihrem materiellen Werthe zu prüfen. Wir haben daher unabhängig von der bereits betrachteten formellen Seite nunmehr zu untersuchen, ob die von Ulpian getroffene Entscheidung auch mit dem natürlichen Rechte, der Natur der Sache, dem materiellen Rechte, oder wie man sonst diejenige eigentliche Gerechtigkeit bezeichnen will, welche allem Rechte innewohnen sollte und in den

[51]) Da Salvius Julianus ein Sabinianer war (fr. 47 D. I, 2; Danz, Lehrb. der Gesch. d. röm. Rechts, Leipz. 1840, S. 95), so haben wir einen der nicht häufigen Fälle vor uns, in denen Justinian der Meinung der Sabinianer sich nicht anschloss.

einzelnen Regeln mehr oder minder zum Ausdruck gelangt ist, übereinstimmt. Weil aber in den hier fraglichen obligatorischen Verhältnissen das römische Recht die höchste Vollendung zeigt, als eine wahre „ratio scripta“ und enthüllte „Natur der Sache“ erscheint, [52]) so müssen wir gerade nach der ratio juris Romani die Prüfung der Richtigkeit der Entscheidung Ulpians gegenüber der von Julian vornehmen. [53])

Die Betrachtung unsres fr. 11 § 18 l. c. weist um so mehr darauf hin, weil in demselben eine Sentenz allgemeinen und über den concreten Streitpunkt hinaus gehenden Werthes aufgestellt ist, nämlich:

„bonae fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditur retineret.“

Dies ist die Begründung seiner primären Entscheidung, welche Julian mit „posse defendi“ einführt. Posse defendi: ja vertheidigt kann sie werden, denn die Grenzlinie zwischen dem Gebiete des Rechts und dem der Speculation verwischt sich da, wo ersteres rein auf theoretischer Grundlage beruht, besonders leicht. Auch Julian, obwohl Prätor und Rechtsscholarch, konnte in der Generalisirung einer Sentenz, welche vielleicht im speciellen Falle passte — und bei der casuistischen Methode der römischen Juristen in ihren Schriften ist dies meistens anzunehmen — zu weit gehen. Es wird also festzustellen sein, ob der genannte Grundsatz wirklich feste Geltung hatte. Hat er diese nicht, so darf er auch nicht als objectiv beweisend angesehen werden, sondern könnte höchstens im problematischen Sinne gelten, [54]) als Product einer subjectiven Anschauungsweise im Gegensatz zu einer allgemein anerkannten Regel.

[52]) Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. II, Anhang S. 401 u. 2 (Heidelberg 1845).

[53]) Was unsere jetzige deutsche Rechtsentwicklung anlangt, so sind der höchste Gerichtshof sowie die höheren Territorialgerichte, soweit uns die Urtheile derselben nach den bekannten Sammlungen zur Kenntniss gelangt sind, noch nicht in die Lage versetzt worden, über unsere Frage zu entscheiden, so dass sich hierin noch keine rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas gebildet haben dürfte.

[54]) Dann gewänne auch die Lesart „patiatur“ eine erhöhte Bedeutung, namentlich im Zusammenhange mit dem Ausdruck „posse defendi“.

Bei Betrachtung des wichtigsten bonae fidei contractus nun, der emtio venditio, wird es zur zweifellosen Gewissheit, dass es durchaus nichts Seltenes ist, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret. Julian selbst führt uns sogleich Fälle vor Augen, nämlich die von ihm angeführten Beispiele einer emtio spei; ja durch die Worte: „nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emtor pretium praestare necesse habebit," giebt er ausdrücklich zu erkennen, dass das vorher von ihm aufgestellte Princip keinen Anspruch auf durchschlagende Gültigkeit machen könne. Vom Standpunkte einer bona fides, die alle diejenigen an sich gegenseitig verpflichtenden Verträge verwirft, vermöge deren die eine Partei zur Leistung verpflichtet bleibt, während die andere befreit wird, wäre ja dann auch die emtio spei, wären überhaupt alle conventiones, quae aleam continent, unzulässig, während manche Arten derselben ausdrücklich von den römischen Juristen anerkannt werden.[55]) Von den Vertretern der „communis opinio" wird zwar zwischen emtio mit pact. d. n. pr. ev. und emtio spei ein Unterschied gemacht, weil bei ersterer der Käufer allein die Gefahr trüge, bei letzterer auch der Verkäufer an derselben betheiligt wäre, „quia fieri potest, ut spes justo magis impleatur" (Tiktin. l. c.). Aber gesetzt auch, dieser Grund wäre richtig, so wird doch damit die Eventualität nicht aus der Welt geschafft, dass bei der emtio spei der venditor sein pretium erhält, während der emtor von Rechtswegen gar nichts bekommt. Denn gerade die über dem egoistischen Standpunkt stehende, den wirthschaftlichen Nutzen beider Parteien gleichmässig berücksichtigende materielle Gerechtigkeit, der Gegensatz zu dem abstracten Rechte, ist gemeint, wenn Julian in unserem Fragmente darauf hinweist, dass es sich um einen contractus handelt, den die bona fides, die subjective Seite der aequitas, beherrscht.[56])

Als weiterer Beweis dafür, dass es eine Inconsequenz gegenüber der ratio des römischen Rechts wäre, dem bonae fidei venditor trotz abgeschlossenen pacti n. pr. ev. die Rück-

[55]) fr. 8 § 1 D. XVIII, 1; fr. 11 D. XVIII, 4; fr. 12 D. XIX, 1.

[56]) In gleichem Sinne fasst die Bedeutung von bona fides in unserem Fragmente auf: Voigt, Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer, Theil I, S. 593 (Leipzig 1856).

erstattung des Kaufpreises aufzuerlegen, erscheint das analoge Verhältniss bei der Haftung für heimliche Mängel des Kaufgegenstandes. Hier kann sich der bonae fidei venditor, der seit dem Aedilitischen Edict naturaliter zur Schadloshaltung verpflichtet ist, durch pactum die vollständige Befreiung sichern, während auch hier, analog dem Falle der Eviction, dolus die Wirkung des pacti aufhebt.[57]) Die Mängel können ja so bedeutend sein, dass sie den Werth der Sache gänzlich illusorisch machen, mithin sich für den Käufer kein besseres Resultat ergiebt, als etwa im Falle der Eviction. Aber es hat noch Niemand im Interesse der bona fides seine Stimme dafür erhoben, dass eine Rückgabe des Kaufpreises eintreten müsse.

Ziehen wir ferner die Grundsätze über das periculum bei der emtio venditio in den Kreis unserer Betrachtungen, so lehrt das römische Recht: „perfecta emtione emtoris est periculum," d. h., auch wenn der Käufer noch nicht Eigenthümer war, und die Sache casuell vernichtet oder verschlechtert wird, so hat er dessen ungeachtet seiner vollen Verpflichtung zur Zahlung des pretii nachzukommen.[58]) Natürlich hat das Recht, als es diese Bestimmung herausbildete, schwerwiegende Gründe in die Wagschale zu legen gehabt, und es rechtfertigt sich der Satz durch die Erwägung, dass dem emtor dafür auch das commodum rei zukomme; aber wie dann, wenn der Kaufgegenstand vor der Tradition gar kein commodum zu gewähren vermag? Giebt es nicht Fälle, in denen die Regel emtoris est periculum als Willkür erscheint und kaum denselben Grad von aequitas beanspruchen darf, wie die uns beschäftigende Befreiung des bonae fides venditor von der Rückgabe des Kaufpreises? Wenngleich zwischen dem Verluste der Sache für den Käufer durch Eviction und dem durch Casus grosse Unterschiede bestehen, wenn ersterer wesentlich ein rechtlicher (und dadurch eventuell auch factischer), letzterer nur ein factischer ist, wenn dort bereits ein Besitzübergang stattgefunden haben muss, hier nicht, wenn die den Verlust durch Eviction herbeiführenden Mängel in dem Rechte des Verkäufers

[57]) fr. 14 § 9 D. XXI, 1; fr. 31 D. II, 14 (Ulpian).
[58]) fr. 8 pr. D. XVIII, 6; § 3 D. III, 23.

stets in der Zeit vor dem Abschlusse des Vertrages entstanden sein müssen, um den Evictionsanspruch zu begründen, während beim casuellen Untergang die Ursachen desselben ganz unabhängig von dem Verkäufer da stehen, so lässt sich doch, da der bonae fidei venditor durch pactum die Gefahr der rechtlichen Abstreitung der Sache ebenfalls auf die Seite des Käufers bringen kann, auf welche das Recht, gleichsam in unbewusster ausgleichender Gerechtigkeit, bereits das periculum κατ' ἐξοχήν verlegt hat, wohl eine Analogie zwischen beiden periculis behaupten. Ob der Käufer bei der Eviction den Schaden auf Grund eines Vertrages zu tragen hat, beim casuellen auf Grund des Gesetzes, bleibt für ihn bei der gleichen Wirkung beider hinsichtlich des Einflusses auf seine ökonomische Lage wohl irrelevant.

Es kann jedoch hier nicht der Ort sein, über die Zweckmässigkeit jenes Satzes „emtoris est periculum" Erörterungen anzustellen,[59]) schon seine Existenz genügt, um uns über die Richtigkeit der Julianischen Sentenz „bonae fidei contractus non patitur etc." ein Licht aufgehen zu lassen.

Noch eclatanter wird dieses Beispiel in dem Falle, wenn der Verkäufer Mehreren nacheinander abgesondert dieselbe Sache verkauft hat. Ist er im Falle ihres casuellen Unterganges vor der Tradition an einen der Käufer *berechtigt*, von jedem derselben den Kaufpreis zu *fordern*? Wenn man die Entwickelung der emtio venditio aus dem alten Rechte,

[59]) Dieselbe wird mehrfach geleugnet, selbst bei Romanisten wie *Cujacius* (Op. omn. ed. Neap. 1758, Tom. I, col. 1479 sq.) finden sich Zweifel. Hinsichtlich einzelner germanischer Rechte, vgl. *Hofmann*, Ueber das periculum beim Kauf, Wien 1870. Vgl. auch *Hugo Grotius*, De jure belli ac pacis, Lib. II, Cap. XII, § 15 (Moeno-Frankfurti 1626, pag. 264), De venditione ut emtione . . . . . Quod si actum sit, ne statim dominium transeat, obligabitur venditor ad dandum dominium, atque interim res erit commodo et periculo *venditoris*: quare quod venditio et emtio constat praestando, ut habere liceat et evictionem, item quod res periculo est emtoris et ut fructus ad eum pertineant antequam dominium transeat, commenta sunt iuris civilis, quod nec ubique observatur: imo plerisque legum conditoribus placuisse, ut ad traditionem usque res commodo et periculo venditoris sit, notavit Theophrastus in loco qui apud Stobaeum est, ubi et multa alia instituta reperias de solennitate venditionis, de arrhabone, de poenitentia, multum differentia a jure Romano.

das uns diesem Falle allerdings beinahe als Caricatur („summum jus summa injuria") erscheint, ins Auge fasst, kann man nicht leugnen, dass die Bejahung dieser Frage rationell ist. Denn ursprünglich, bevor das entgeltliche Veräusserungsgeschäft zu demjenigen synallagmatischen Charakter gelangte, den wir ihr heutzutage beilegen und der dem deutschen Kauf entspricht, zerfiel es in seine beiden schon durch das Doppelwort bezeichneten Theile emtio und venditio, durch die jeder der Contrahenten sich ein selbstständiges Recht erwarb, dieser auf Tradition der Sache, jener auf Zahlung des Preises.[60]) Hierzu kommt, dass die Wirkungen des Contractes nur inter partes galten. Sofern also z. B. beim zweifachen Verkaufe kein dolus des venditor gegenüber irgend einem der Käufer vorliegt — denn ein der aequitas entsprechendes Verhalten an sich, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Verpflichtung ist dem Römer im alten Sinne bei seiner egoistischen Rechtsauffassung principiell fremd — und sofern einer der beiden Contracte nicht aus einem ausserhalb liegenden Grunde ungültig ist, so bestehen beide actiones venditi unabhängig neben einander fort — die exceptio non ad impleti contractus ist durch den Untergang der Sache vor der Tradition absorbirt —; was hindert den Verkäufer, seine beiden actiones einzeln auf das ihm versprochene pretium anzustellen, nachdem er das, wozu er selbst verpflichtet war, soweit möglich, ohne dolus erfüllt hatte? Ein rechtlicher Grund hindert ihn nicht, höchstens ein factischer, z. B. Insolvenz des einen Käufers. Sobald er aber durch Judicat nur von einer Seite in den Besitz des pretii gekommen war, wäre er, unter dem Einflusse der aequitas, bei weiteren Klagen in mala fides versetzt und hätte die exceptio doli gegen sich gehabt (bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, fr. 57 D. L. 17).

Mochte nun das römische Recht bis zu seinem Abschlusse hinsichtlich der Einführung der aequitas in alle Rechtsverhält-

---

[60]) Diese Auffassung wird vertreten von Dernburg, Theorie und Geschichte der Compensation (2. Aufl., Heidelberg 1868, S. 77); Ihering, Geist des römischen Rechts, Th. II, Abth. 1 (3. Aufl., Leipzig 77, S. 196); Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. II, Anhang (Heidelberg 1845, S. 397/98); Schmid, Der principuelle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte (Rostock 1853) Bd. 1, S. 262. 149.

nisse auch grosse Fortschritte gemacht haben, so bildete sich doch niemals ein festes System aus, vielmehr blieb die Inclination der einzelnen Juristen zur aequitas eine mehr oder minder starke, und bei diesem Fluctuiren der Principien des bonum et aequum war es möglich, dass in der Justinianeischen Compilation crasse Manifestationen des altrömischen Egoismus übrig blieben, Bestimmungen, deren Tendenz wir geradezu im Gegensatz zu der in unserer Julianischen Sentenz enthaltenen bezeichnen müssen und die wir als werthvolles Material für unsere Untersuchung endlich noch zu erwähnen haben, nämlich

fr. 22 § 3 D. XIX, 2 (Paulus)

„in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere“

und fr. 16 § 4 D. IV, 4 (Ulpianus)

„Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere.“

Wenn bei dem schrankenlosen Spielraum für die Bestrebungen der Selbstsucht im wirthschaftlichen Verkehr, wie er hier doch unverhüllt gestattet wird, die Leistung des einen Contrahenten objectiv und nach ihrem realen Vermögenswerth betrachtet auf ein Minimum reducirt, die des andern dagegen unverhältnissmässig hoch gesteigert sich darstellen kann, und keine Grenze existirt, über welche hinaus die circumscriptio nicht gehen dürfte,[61]) so kann sehr wohl der Fall eintreten, dass die Leistung des einen Contrahenten (Preis oder Waare) gegenüber der des andern hinsichtlich des Werthes der Grösse Null sich nähert, dass mithin auf der einen Seite in Wirklichkeit ein ökonomischer Erfolg erzielt worden ist, auf der anderen Seite nicht, eine Wirkung, von der Julian sagt, dass sie dem Wesen des bonae fidei contractus widerspreche. Wollte man, hiergegen auftretend, seine Behauptung darauf zuspitzen, dass zwischen der Verpflichtung zu einer Leistung überhaupt und dem Umfange einer zu machenden Leistung ein grosser Unterschied bestehe, so wäre dies vom formell rechtlichen Standpunkt

[61]) Eine solche wurde erst durch die Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian, betreffend die laesio enormis (L 2, C IV, 44), eingeführt.

richtig, das praktische Resultat läuft in beiden Fällen auf eins hinaus. Denn nicht vom Standpunkt des formellen Rechts aus betrachtet Julian unsere Frage, sondern von dem der aequitas, der über dem Parteiinteresse stehenden, Vortheil und Nachtheil aus einem Vertrage gleichmässig vertheilenden Gerechtigkeit.

So gut auch das Princip ist, dass in Vertragsverhältnissen die wirthschaftliche Wohlfahrt der Einzelnen im Auge zu halten ist, so darf es doch nicht ausschliessliche oder einseitige Anwendung finden. [62]) Denn zum Wesen des Rechts, zumal des Privatrechts, gehört in gleichem Masse die Berücksichtigung des Willens der Contrahenten sowie dessen Erklärung (und in gewissen Fällen auch die äussere formelle Fixirung der Willenserklärung). Auf der Verkennung dieses Verhältnisses beruht die ganz zwecklose Theorie vom pactum generale und speciale. Denn würde es der bona fides in dem hier von Julian gemeinten Sinne nicht ebenfalls widersprechen, wenn man ausdrücklich sich vorbehält, keinen Schadensersatz zu leisten und auch das pretium nicht zurückzugeben? Die materielle Vermögenslage des Käufers ist ja hier vom Standpunkt der Julianischen Sentenz auch benachtheiligt; es ist mithin ganz inconsequent, diesen Vertrag als mit der bona fides im Einklang stehend zu betrachten, — und dass dies nicht der Fall sei, hat (ausser der im Folgenden zu besprechenden Meinung) bisher noch Niemand von den Vertretern der „communis opinio" behauptet —, den andern mit dem allgemeinen Ausdruck (nihil ev. nom. pr. iri) dann für unzulässig zu erklären, wenn er seine volle rechtmässige Wirkung ausüben soll. Der Unterschied zwischen pactum generale und speciale ist daher ebenso irrig, wie die Meinung Julians; nur dass diese zu sehr den ökonomischen Standpunkt vertritt, jener ein rein formeller, nur gedachter ist und die vermögensrechtliche causa, den innern Kern jedes obligatorischen Vertrages, ganz ausser Acht lässt.

---

[62]) Trendelenburg (Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl., Leipzig 1868) legt beim Vertrage das Hauptgewicht auf das Willensmoment (S. 225). Sofern sich der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Sittlichen hält, „muss das Recht des Vertrages, auf die freie Ergänzung der Kräfte gerichtet, der Einigung der Willen den möglich grössten Spielraum darbieten" (S. 234).

Von der Seite dieser aequitas beleuchtet erscheint sogar die Ansicht derjenigen Vertreter der „communis opinio", welche geradezu die Nichtigkeit eines Vertrages auf Befreiung der Evictionsprästation behaupten,[63]) rationeller als die angeführte vermittelnde Meinung, welche letztere, obwohl sie anscheinend auf der Billigkeit beruht, sich juristisch und wirthschaftlich als unhaltbar qualificirt.

Einer Widerlegung bedarf das, was Donellus[64]) anführt. Er sagt nämlich: Bei allgemein gehaltener Redeweise werde stillschweigend das ausgenommen, was unbillig sei und zum Wesen des Contracts weniger passe, gleichsam als hätten die Parteien daran nicht gedacht, dass die Worte im strengsten Sinne genommen werden sollen; und so sei auch die erwähnte conventio so aufzufassen, als hätten die Contrahenten an Ausschluss der Rückgabe des pretii, als etwas einem bonae fidei contractus Fremdes nicht gedacht; das sei es auch, was Julian zur Begründung dieser Meinung sagen wolle in dem Satze: neque enim bonae fidei etc.

Hiergegen ist einzuwenden, dass wenn man einen Vertrag abschliesst, man sich auch darüber klar sein muss, welche Wirkungen derselbe mit sich bringt. Wenn ein Käufer einem Vertrage zustimmt oder einen solchen unterschreibt, in dem ausdrücklich steht, dass auf Grund einer Eviction eine Schadloshaltung in keiner Weise stattfinden solle, so kann derselbe später sicherlich nicht bona fide auf Rückgabe des Kaufpreises klagen. Die Bedeutung einer so deutlichen und bestimmten Clausel dürfte Jeder verstehen. Geht er den Vertrag ein, so lässt sich annehmen, dass er gleichsam zur Compensation für die Uebernahme der Gefahr des rechtlichen Verlustes der Sache auf Minderung des Kaufpreises bedacht sein wird. Oder

---

[63]) Tob. Richter (Diss. d. pacto d. n. pr. ev. Lipsiae 1748), Ant. Faber (Rational. ad L. 11 § 18 D. d. a. e. v., vgl. J. H. Boehmer, Vind. jur. p. 9—14); Franc. Alef (l. c. § XX, p. 16). Die evictionis praestatio kann aber natürlich, da sie ein naturale, kein essentiale negotii ist, durch Vertrag gültig ausgeschlossen werden, fr. 11 § 1 D. XIX, 1; fr. 69 pr. D. XXI, 2; fr. 10 D. XVIII, 4.

[64]) Comm. jur. civ. Lib. XIII. C. 2, § 22 i. f.; ed. Bucher p. 389; ed. Hanoviae 1612, pag. 630.

er würde sich weigern, sich auf eine für ihn so unbillige Vereinbarung einzulassen; sonst hat er den Schaden sich selbst zu verdanken.[65] Daher kann man sich auf den Satz „in obscuro in minimum“ hier nicht berufen.[66] Es erscheint vielmehr offenbar gegen die Verabredung auf Treu und Glauben gehandelt, wenn der Käufer trotz der Vereinbarung, dass der Verkäufer völlig befreit sein, nichts mehr mit der verkauften Sache zu thun haben solle, nachträglich noch belangt werden darf. Dass dies Unrecht sei, haben die Anhänger Julians ganz ausser Acht gelassen, obwohl Ulpian gerade den Satz

> „nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est“[67]

an die Spitze seiner ganzen Erörterungen in unserem Fragmente gestellt hat, und aus diesem Grundprincipe seine Ansicht in § 18 als einfache Consequenz emanirt. Ulpian scheint gerade diese andere Richtung der bona fides, die Treue in Bezug auf einen eingegangenen Vertrag, der von Julian vertretenen Richtung entgegenstellen zu wollen. Denn das Postulat des pflichtmässigen Beharrens bei der eingegangenen obligatorischen Verpflichtung würde ignorirt, wenn man der Meinung Julians folgte. Darum fährt er auch fort (fr. 11 § 1 eod.)

> „quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati“,

d. h. also das von Julian angedeutete Princip der ökonomischen Gerechtigkeit hat erst in zweiter Linie zur Geltung zu kommen. Geschähe ausserdem dem Verkäufer durch Zuerkennung des Kaufpreises an den Käufer nicht ein grösseres Unrecht als

---

65) L. 35 § 5 C. VIII, 55 (Justinianus) „Cum enim in arbitrio cujuscunque sit hoc facere quod instituit, oportet eum vel minime ad hoc prosilire, vel cum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare.“

66) Ueber die Unanwendbarkeit der Regel, Verzichte seien strict zu interpretiren, s. auch Glück, l. c. S. 329; Kricheldorff, l. c. S. 27.

67) Vgl. hierzu auch fr. 23 d. r. j. (Ulpian) „nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei judicio contrarium est: et ita utimur“ — fr. 1 pr. II, 14 (Ulp.) „Hujus edicti, aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?“

dem letzteren, wenn er das pretium, das ihm in seinem Vermögenscomplex die Stelle der abgegebenen Kaufsache vertritt, herausgeben muss? Es ist ja ein bonae fidei venditor, wie wir ihn oben präcisirt haben; also trifft ihn der Nachtheil unverschuldet, da er die gesetzliche Verpflichtung zum Schadensersatz durch Vertrag abgewendet hat.

Aus dem vorstehend Ausgeführten geht zur Genüge hervor, dass auch die materielle Würdigung der Frage nach der ratio des römischen Rechts uns in der Ueberzeugung von der Richtigkeit der Entscheidung Ulpians im Gegensatz zu dem von Julian aufgestellten Probleme bestärkt. Es erübrigt uns noch, das gewonnene Resultat kurz zusammen zu fassen.

Während nämlich im Normalfalle der Verkäufer, welcher die Belastung der Sache durch Rechte Dritter nicht kennt (bonae fidei venditor), weil er seinerseits den Nutzen aus dem Vertrage behält, dem Käufer, der des Nutzens aus dem Vertrage durch objective Rechtswidrigkeit des Verkäufers verlustig geht, zur Nachgewähr verpflichtet bleibt (bona fides in dem von Julian gebrauchten Sinne der ökonomisch ausgleichenden aequitas), so tritt in dem Falle, wo der Käufer trotz der Eventualität, dass die Sache ihm evincirt werden könne, den Kauf doch gewollt und durch Verzicht auf Schadloshaltung den Verkäufer von seiner Verpflichtung entbunden hat, dieses beiderseits Gewollte in den Vordergrund und verlangt treue Erfüllung (bona fides im Sinne Ulpians). Denn die Rückforderung des pretii widerspricht der aequitas, da der Käufer entweder schon bei Eingehung des Vertrages nicht bona fide (gewissenhaft) war, wenn er trotz des Acceptes der Erklärung des Verkäufers, in keiner Weise weiter haften zu wollen, die Mentalreservation fasste, doch nachher den Kaufpreis wieder zu verlangen, weil desselben keine Erwähnung gethan wurde, oder gedankenlos dem Kaufvertrage, welcher eine das Recht auf die Sache als eventuell streitiges hinstellende Clausel enthält, zustimmte, oder nachträglich bei der Klage auf den Kaufpreis nicht bona fide sein kann, wenn er die vorhergegangene Vereinbarung ignorirt.